

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

## 法令の憲法判断を求める当事者適格ーアメリカにおける宣言判決と憲法三条の要件を中心にー

著者	宮原 均
著者別名	Hitoshi Miyahara
雑誌名	東洋法学
巻	57
号	3
ページ	1-35
発行年	2014-03-31
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00006479/">http://id.nii.ac.jp/1060/00006479/</a>



《論 說》

## 法令の憲法判断を求める当事者適格

——アメリカにおける宣言判決と憲法三条の要件を中心に——

宮 原 均

### はじめに

日米における違憲法令審査権（「法令」の用語を用いているが、主として国会等の議会立法が対象になっている。具体的な処分等ではなく、抽象的な規範を対象とする点が重要である。）は具体的審査制とされ、具体的事件の解決に必要な限りにおいてはじめてこれを行行使することができるとされている。しかし、アメリカにおいては、「宣言判決法」により、当事者は、起訴等の執行行為が開始される以前においても、法令の憲法判断を求めることが可能である。この場合、抽象的審査制の機能を各裁判所に認めているようにも思える。しかしながら、合衆国最高裁判所は、司法権の行使を「事件」「争訟」に限定し、一見、抽象的と見える宣言判決もこの具体的審査制の枠の中に位置づけている。そこで、本稿においては、同じく具体的審査制をとる日本においても、この宣言判決法の運用等が法令審査のあり方に関して参考になると思い、以下において紹介する。まず、日本の法令審査の問題点、特に適格

性等の訴訟の入口と引きつづき行われる法令の实体判断との関係に触れ、次いで、アメリカにおける司法審査の根拠である、憲法三条の要件について説明し、その要件に宣言判決をどのように位置づけているかを考察していくこととする。

## 第1章 法令審査の「きっかけ」としての事件性

日本国憲法九八条一項は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令は、その効力を有しない。」とし、同法八一条は「最高裁判所は、一切の法律、命令が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定している。この文言により、憲法が最高法規であり、下位規範である法律の内容が憲法に違反している場合には、その効力を有しないこと、及び、法律が憲法に違反しているかどうかについては、最高裁判所が最終的な判断を下す権限があることについては争いがない（最大判昭和二十七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁）。

更に、その文言上は明確ではないが、この違憲法令審査権が下級裁判所においても認められることについて、判例は肯定する一方、この議論と並行して、違憲法令審査権の行使は、具体的事件の解決に必要な限りにおいてのみなしうるのか、それとも、具体的事件の提起を待つまでもなく、その解決とはかわりなく、一般的・抽象的なしうるのか、問題となった。これについては、現行憲法の解釈としては、前者、すなわち「具体的審査制」であり、法令について一般的・抽象的にその憲法判断を行う「抽象的審査制」は予定されていないとするのが判例の考え方である。<sup>(2)</sup>

では、具体的審査制において、法令の憲法判断はいかに行われるべきであるのか、問題になる。まず、当事者

が、原告適格等の手続上の要件を満たしていることを前提に、その一つの争点として、法令の憲法判断を裁判所に求めることになる（この点につき、土井真一「憲法訴訟の当事者適格論の検討」法教三八四号七二頁（二〇一二年）参照）。この場合、その合憲・違憲をめぐる判断は、この当事者の提起する事件とは関わりなく、客観的・抽象的に行なわれるのであろうか。すなわち、当事者は、法令の憲法判断の「きっかけ」を裁判所に与えるだけで、対象となる法令の憲法判断の内容・方法は、当事者によっては左右されず、法令・憲法の意味については、もっぱら客観的・一般的に示されることになるのであろうか（佐藤幸治教授は「わが国では、付随的審査制であるとされながらも、違憲審査は具体的な事件・争訟の提起を契機にして、法令そのものを客観的・一般的見地から問題にするものだ」という傾きがとくに最高裁判所のレヴェルでみられるように思われる」と指摘されている。佐藤幸治『現代法律学講座5 憲法』三六七頁（青林書院、第三版、一九九五年）。この審査方法を仮に「規範審査」としておく（この場合、「文面審査」という用語が一般的であるが、これは「漠然」「過度に広範」という法令の文言に着目した審査方法であり、「規範審査」とは区別されるべきと思われる）。

これに対して、あくまで当事者の救済、すなわち、当事者の具体的な行為等に対して法令が規制・不利益をもたらし、これがその憲法上の権利を侵害しているか、という観点から審査を行うことが考えられる。この場合、対象となっている法令及び憲法の意味を一般的・抽象的・客観的に確定するよりも、当事者の提起する事実関係が重視され、法令によって規制される、当事者の行為等への憲法上の評価がキメ細かく検討されることになる。この審査方法を「適用審査」としておく<sup>(3)</sup>。

## 第2節 具体的審査制と「適用審査」

従来、この二つの審査方法の違いはあまり意識されず、「規範審査」が当然の前提とされてきたように思われる。例えば、尊属殺重罰事件（最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁）において、刑法二〇〇条の違憲性についての判断方法・視点は、刑法二〇〇条と憲法一四条の意味及び両者の抵触について、事件に限定されることなく、一般的・全般的・客観的に審査していると考えられる（ここでは、「立法目的」と「立法目的達成の手段」について、その合理性について二段階に分けて考察がなされ、後者において合理性が欠けるとして違憲とされた。後者について適用審査の可能性はあったと思われるが、被告人への処遇に限定されず一般論として論じられている）。もっとも、判決後しばらくは、刑法二〇〇条は削除されなかったことから、この違憲判決は、被告人を救済する限りで刑法二〇〇条を無効としたにすぎず、いまだ他の事件への適用の可能性が残っていたとの見方も可能であろう（もっとも、この点は、判決の効力の問題と考えられていたと思われる）。

この判決の意味について、ここで検討を繰り返すことはしないが、たとえ法令について「規範審査」がなされたとしても、現実の事件、当事者のへの正しい裁きを行うためのひとつの手段として行われるのであり、法廷に提示された当事者の行為等の「事実」が、法令の憲法判断に影響しないとはいえないのではないか。<sup>(4)</sup> そうであるならば、当事者は、法令審査の単なる「きつかけ」をあたえたのではなく、当事者の行為に対する憲法上の評価を行うことを念頭に、これを規制する限りで法令が違憲となる「適用審査」の考え方も十分に成り立つように思われる。<sup>(5)</sup> このような、「適用審査」を重視しているのが、アメリカ合衆国最高裁判所であると思われる。

### 第3節 アメリカにおける法令審査とスタンディング

ところで、法令の憲法判断は実体上の問題であるが、その前提として、法廷において、何を、主張させるか、適格性すなわちスタンディングが問題になる。まず、合衆国最高裁判所が法令の審査を行うためには、連邦裁判所の裁判管轄権を定める、合衆国憲法三条の要件をクリアしなければならない。すなわち、連邦裁判所は「事件又は争訟」を解決する限りで、その裁判権を行使できるが、「事件又は争訟」の意味については、歴史的な沿革の中で少しずつ形成され、現在のところ、当事者が、事実上の損害 *injury in fact* を被っていることを基本として、その損害が、① 具体的、特定のであり、現実又は切迫していること *concrete, particularized, and actual or imminent*、② 救済を求めている国家作用からもたらされているとすることが適正であること *fairly traceable to the challenged action* (損害と作用の因果関係)、③ 勝訴することにより救済されること *redressable by a favorable ruling* (損害と救済の因果関係)、とされている (*See Clapper v. Amnesty International USA*, 135 S. Ct. 21, 134 L. Ed. 2d 264 (2013))。

この要件からすれば、当事者が、具体的な損害を受けており、その損害の救済を求める限りにあって、また、その救済を得られる範囲で、裁判所の判断を求めるスタンディングが認められるのである。このスタンディングの観点から、法令審査はどのように行われるかを確認すると、まず、法令が単に抽象的な規範として存在しているだけでは、その憲法判断を裁判所に行わせることはできない。法令の執行がなされ、現実・具体的な損害がもたらされ、それを被った者がこれを裁判所において争うことが必要である。その際に、第三者の憲法上の権利侵害を主張するスタンディングは認められないのが原則である。あくまで当事者の憲法上の権利侵害の有無とその救済に対応して、裁判所によって判断されるのである。こうした手続上の要件を、素直に法令の実体判断に及ぼせば、憲法判断は、当事者に適用される限りにおいてなされることになろう (*constitutional judgment as applied*)。

もつとも、これには例外がある。法令が自分に執行されると同時に、第三者の権利侵害をも巻き込んでいる場合、当事者は、この第三者の権利侵害をも、法令を攻撃するための要素として主張するスタンディングが認められる。<sup>(6)</sup>

他方、このような法令の執行に際して巻き込まれた「現実的第三者」とは異なつて、「仮定的第三者」の権利を援用するスタンディングを認めることについては消極的に考えられている。これについて、文面審査の典型である「過度に広範の理論」(overbreadth)にもとづいて説明する。この理論は、法令の文言は多かれ少なかれ一般性を持ち、同一の条文が適用される事件にも幅がでくる。その結果、当事者に適用される限りにおいては、その憲法上の権利を侵害しないが、他の事例に適用されれば違憲となる可能性を指摘し、その法律の無効を求めるものである。

例えば、「わいせつ表現物の販売を禁止し、違反に対して処罰する」と定める法令があるととして、起訴された当事者の販売した表現物はハード・コア・ポルノで表現の自由の濫用として、その規制は違憲とはならない場合でも、この規定は、優れた芸術性・思想性を同時に伝達する性表現にも適用されるので違憲である、という主張が可能である。しかし、現実には後者にこの法令は適用されておらず、将来も適用されるかどうかは不確定である。このような第三者に対する仮定的な適用状況を想定して、法令の憲法判断を行うことは消極的に考えられている。

しかしながら、表現の自由が規制される法令については、例外として「仮定的第三者」の権利援用を認め、結果として文面無効を引き出すことによって当事者を救済する途を切りひらいたのが「過度に広範」理論である。表現の自由の優越的地位と第三者への萎縮的效果を重視し、法令の執行を受けている当事者は、第三者の権利援用を行うスタンディングが認められたのである。しかしながら、この場合にも、審査の対象とされた法令が、単に第三者

の表現の自由を侵害しているだけでは、その法令の無効をもたらさない。法令の違憲適用の可能性が、相当程度考えられる場合に限って、法令は無効とされるのである (substantial overbreadth)。したがって、当事者は、自身の行為への適用違憲を勝ち取るか、第三者の権利侵害を引き起こす事例をその法令が相当程度含んでいるとされない限り、これを無効とできないのである。繰り返しになるが、この理論は、スタンディングについては第三者の権利援用を認めることを前提に、法令の実体判断の方法を示しているのである。<sup>(7)</sup>

このように、アメリカにおいても適用審査のみならず、上述の overbreadth あることは void for vagueness などの文面審査 facial challenge はよく知られたところであり、その結果として、文面無効 void in toto の判断もなされている。しかし、これらの審査がなされる場合にも、法令が当事者に執行され、その結果、憲法三条「事実上の損害」の要件が満たされていることを前提に、これに加えて、文面審査を認めるための要件は何かを考察しているのである。<sup>(8)</sup>

## 第2章 法令の執行行為に先立つ宣言判決

これに対して、当事者がいまだ執行行為を受けていない場合に、根拠法令の憲法判断を求める事は可能であろうか。上述のように、憲法三条の要件から、これを消極に理解するのが原則である。しかしながら、アメリカ法においては、宣言判決等による救済方法が存在する。これらによれば、起訴や行政処分等、法令の現実の適用・執行を受けていない段階で、法令の違憲判断を求めることが可能であり、抽象的な審査が可能であるようにも見える。しかし、この場合にも最高裁は、憲法三条の枠内で審査が行われるとしている。<sup>(9)</sup> そのために、事実上の損害の「切迫性」という要件を憲法三条「事件又は争訟」に取り込むことによって対処している。



そこで、本稿においては、いまだ執行行為がなされていない段階で、法令の審査を行い、なおかつこれを具体的審査制の枠の中でとらえるために、最高裁は憲法三条をいかに解釈しているか、検討していきたい。

## 第1節 憲法三条の要件と「宣言判決」

合衆国憲法第三条は、連邦裁判所の管轄権を「事件」と「争訟」に限定している。裁判所が法令審査を含めてその権限を行使するための要件であり、当事者に裁判所の判断を仰ぐためのスタンディングが備わっているかどうか、この観点から問題とされる。この憲法三条のスタンディングの要件を満たすためには、上述のとおり、当事者が、事実上の損害 injury in fact を被っていることを基本として、その損害が、①具体的、特定のであり、現実又は切迫していること concrete, particularized, and actual or imminent、②救済を求めている国家作用からもたらされていることとすることが適正であること fairly traceable to the challenged action（損害と作用の因果関係）、③勝訴することにより救済されうること redressable by a favorable ruling（損害と救済の因果関係）とされている。<sup>(10)</sup>

スタンディングが問題となる場合にはいくつかあるが、その典型は行政作用の効力を争う場合である。そして、現実になされた行政処分の名宛人にスタンディングが認められることについてはほとんど問題にならないが、行政処分の名宛人が、その処分のみならず、根拠法令自体の違憲性を主張する可能性がある。この場合にも、スタンディングはほとんどの場合で肯定されるであろう。問題は、現実の適用に先立って、法令の憲法判断を求めることが可能であるか、である。これについて、アメリカにおいては「宣言判決」により一部認められている。この審査方法によれば、法令への抽象的な審査が可能になるが、これを憲法三条の枠の中にどのように位置づけるかが課題である。そこで、まず、具体的審査制の確立と憲法三条の要件、次に宣言判決法の位置づけとその運用の問題点に

ついて記述していくことにする。

## 第2節 三権分立と具体的審査制

### 争訟解決の必要性

裁判所による法令の憲法判断は、具体的事件を解決するのに必要な限りにおいてなされる、具体的審査制であることを確認しているのが、リバプール事件（一八八五年）<sup>(11)</sup>である。すなわち「現実の争訟において、訴訟当事者の法的権利を判断する場合を除いては、いかなる法律も…憲法に違反しているとの理由のみでこれを無効とする管轄権を合衆国最高裁は有しない。この管轄権を行使するためには、かたくなに固守されてきた二つのルールに拘束される…その一つは、必要性がないのに先回りして憲法問題について判断しないこと、もう一つは、その適用が求められている正確な事実の範囲を超えて、憲法上のルールを定めないことである」としている。<sup>(12)</sup>

### 立法への一般的拒否権行使の禁止

このように最高裁は、憲法判断は、現実の争訟において、当事者の法的権利を確認する「必要性」及び提起された「事実」の範囲に限定して、なされるところとした。このような限定がなされる理由は、議会が定める法律に対し、裁判所が「一般的拒否権」を行使することが許されないためである、とするのがマスカラット事件（一九一一年）<sup>(13)</sup>である。この事件では、先住民の土地の所有権への規制が問題になったが、最高裁は、憲法判断と憲法三条の関係についての先例を丁寧にとり、まず、マーベリ事件におけるマーシャル裁判官の意見を引用し、違憲立法審査権

が、事件解決のために行使され、議会に対する一般的拒否権であつてはならないとする。「議会による立法が違憲であると宣言する権限は、対立する当事者間の主張が、裁判所の判断を求めて適切に提出された場合に限って、行使されうる。すなわち、議会の立法に関する一般的な拒否権 *general veto power* を裁判所は有しない」<sup>(14)</sup>。

そして、違憲判断が「一般的拒否権」にあたらないのは、憲法上、裁判所に認められた「争訟」の解決に必要な限りで憲法判断がなされるからである。ウエルマン事件におけるブリューワ裁判官の意見を引用して「権利に関する、誠実で、現実に対立する主張が、当事者の一方から他方になされる中で、いかなる立法者による、どのような法律：であろうとも、その正当性についての問題が提起されているならば：裁判所は、その正当な義務の履行として、その法律が合憲か否かについて判断しなければならない」<sup>(15)</sup>。更に、この権限行使は、最後の手段として行使されなければならない。その意味からも「個人間の、現実の、真剣な、活気ある争訟を判断するのに必要がある場合」に限定して行使されとした。<sup>(16)</sup>

こうした先例を踏まえて、リバプール事件のデイ裁判官の意見を引用して「司法権とは：対立する当事者間において現実に存在し、適切な裁判管轄において正当に提起された争訟を判断する権限である。法律を違憲と判断する権限が認められるのは、一方又は他方の当事者が、自らの権利を主張するための根拠とする議会の法律が、基本法に反しているからである：司法判断適合性ある争訟の中で、当事者の権利が主張されることによって、裁判所は、基本法又は憲法上の権限内で定められていると称している法律との、いずれかを選択することが求められているのである」<sup>(17)</sup>。

紛争の解決こそが、政府において裁判所に分担された役割であり、その遂行に必要な限りで憲法判断が行われることは、フロッシンガム事件（一九三三年）<sup>(18)</sup>においても確認されている。すなわち、政府の機能はそれぞれの部門

に割当がなされ、裁判所は、適切に法廷に提起された事件の中で、議会の定めた法律を解釈し、適用することが任務である。その法律が違憲であるという理由のみで、それらを審査し無効とする当然の権限を有してはいない。裁判所に認められているのは、争訟に適用される法を確定し、宣言することであり、違憲法律を無視する消極的な権限の域を超えるものではない、としている。<sup>(19)</sup> このように、最高裁は、現実の争訟について、法を適用して判断を示すとの任務の履行に際して、法の段階構造から必然的に、高次の法を適用するとし、これによって、裁判所による議会法律への一般的な監視とそれがもたらす三権分立違反等の批判を退けようとしている。

### 憲法三条「現実の争訟」と刑事責任のリスク

このように最高裁は、現実の紛争解決の際に用いられる法律に、裁判所が憲法判断を示すことは、議会の定めた法律への一般的拒否権の行使とはならず、政府における役割分担として課せられた厳粛な義務の履行であるとした。この考え方は、違憲立法審査権を三権分立の下に位置づける巧妙な理論であるが、次に問題になるのが、憲法判断の前提となる「現実の争訟」とは、いつ、どのような場合に提起されるかということである。「現実の争訟」が存在する最も典型的な場合は、刑事被告人が、自らに適用される法律を争う場合である。しかしながら、特定の法律の憲法判断を求めるために、あえてこれに違反し刑事被告人となることを期待することは、やや現実離れしている。その結果、その法律に対する審査の機会はほとんど失われてしまうであろう。

この問題については、比較的早い時期から意識されていた。一方当事者・ヤング事件（一九〇八年）<sup>(20)</sup>では、刑事被告人となるまでもなく、法律（この事件では規則）の審査を求めることができる場合があることを確認している。この事件では、法律により委員会が設置され、その定める「規則」により鉄道料金が定められ、これに違反すると

刑事責任が問われることになっていた。原告・鉄道会社は、定められた運賃が低額であることを不服として、「規則」の無効を主張した。最高裁は、あえてこれに違反して刑事被告人となるまでもなく、裁判所による審査を求めることができるとした。

すなわち、鉄道会社が、法令の正当性についての審査を求めるには、一定のリスクを背負って、これに違反することが必要である。しかし、違反に対する制裁が、自由刑等の非常に重い場合には、当事者は、その法律の正当性をテストするために裁判所を利用することを思いとどまってしまう。このことは、結局、その権利に深く影響している法令について、裁判所が解釈を施すことを禁止しているのと同じようなものである。敗訴すれば自由刑に処せられるとの状態のままでは、裁判所に憲法判断を行わせる途はほとんど閉ざされているのと同じである、とした。<sup>(2)</sup>

この事件では、いまだ刑事手続が開始されていない段階で、根拠の法令への憲法判断が示された事件である。一見すると「抽象的審査」に限りなく近づいて行くようにも思われるが、この判断の射程範囲を考えておく必要がある。この事件では、刑事手続は開始していないが、「規則」によって鉄道運賃が設定され、原告は現にその適用を受け、この運賃に従うか、それともこれに違反して刑事手続において争うか二者択一の状態になっている。したがって、「規則」は、単に抽象的に存在していたのではなく、原告に具体的に影響しており、裁判所による救済の必要性があったといえるであろう。その点から「争訟」は存在したといえる。

### 宣言判決法一九三四年と争訟性

もっとも、この事件は一九〇八年と古いものであるが、その後、連邦議会是一九三四年に宣言判決法を定め、執行前であっても法令の憲法判断を裁判所が行うことが可能となる場合を明確にしようとした。そして、この法律と

憲法三条の「事件又は争訟」の関係について説明しているのがエトナ生命保険会社事件（一九三七年）<sup>(22)</sup>である。この事件においては、当事者間における保険契約の効力が問題になり、法令の憲法判断は示されていないが、宣言判決と憲法三条の関係について説明しているので紹介しよう。

連邦宣言判決法一九三四年は「現実の争訟が提起された事件において in cases of actual controversy、合衆国の裁判所は申立てに基づいて、利害を有する当事者の権利及びその他の法的関係について宣言を行う権限を有する」と規定している。ここで問題になるのは、このような宣言判決法を議会が定めることが許されるのかということである。これについて、最高裁は、連邦議会は、連邦裁判所の管轄権について、憲法から委任された範囲で定めることができ、その際には伝統的な救済方法に限定されないとする。<sup>(23)</sup>ただし「憲法上、司法権が及ぶとされる、争訟 controversies に判断を示す、との裁判所の機能に一致する救済方法を定める限りにおいて、宣言判決法は、議会議権の範囲内となると考えなければならない」とした。<sup>(24)</sup>

そこで、結局のところ問題になるのは、「争訟」の意味である。これについて最高裁は、仮定的又は抽象的な性質、すなわちアカデミックで、模擬裁判的な争いとは区別される、明確で、具体的で、対立的な当事者の法的利益に関わり、最終性を有する判決によって具体的な救済が可能である、現実的で実体のある争訟であること、として<sup>(25)</sup>いる。

すなわち「仮定的な事実に基づいて、何が法であるかを助言する意見とは区別され、最終的な性質を有する判断によって、具体的な救済が与えられることになる、現に存在する争訟でなければならない。」とした。<sup>(26)</sup>

# 権利侵害への一般的なおそれと助言的意見

このように最高裁は、「争訟」とは、現実に、当事者間において対立する法的利害が存在し、裁判によって具体的な救済が可能であるもの、としている。そして、「争訟」に当たらないのは、仮定的な事実を前提とする模擬裁判的な争いであり、更には裁判所が憲法問題について「助言的意見」を述べる場合であるとしている。では、どのような場合が「助言的意見」にあたるのか、ミッチェル事件（一九四七年）<sup>(27)</sup>では、次のように説明されている。

この事件ではハッチ法（18 U.S.C. § 61 h (a)）が問題となり「…連邦政府の執行部の職員は…政治活動 political management 又は選挙運動を行ってはならない…」とし、同項（b）は「この章に違反した者は、直ちに解雇される…」と規定していた。原告等は、「政治活動及び選挙運動」を行いたいと考えているが desire to engage in、いまだハッチ法に違反してはならず、この法律が合衆国憲法に違反していることを理由に、その宣言判決等を求めた。

最高裁は、憲法三条は、裁判所が助言的意見を述べることを認めておらず「抽象的ではなく、具体的な法律問題が提起されていることが、憲法問題を判断するための要件である」とし、この要件は、他の場合と同様、宣言判決においても変わらないとし、その上で、原告が求めているのはこの助言的意見であるとしている。<sup>(28)</sup>すなわち、原告は「政治活動及び選挙運動」に従事したい、というだけであって、彼らの権利が侵害される一般的なおそれ general threat of possible interference with those rights があるというだけでは、法律問題を提起しているとはいえない。原告がどのような政治活動を行いたいのかについて、最高裁としては推測できるにすぎず、このような仮定的なおそれ hypothetical threat があるというだけでは、宣言判決を求めるには不十分である、とした。<sup>(29)</sup>



## 抽象的存在から具体的執行に至るまでの法令の段階性

この事件は、上述の一方当事者・ヤング事件（一九〇五年）とは対照的である。両者ともに、審査の対象となる法令に違反することなく、その違憲であることの宣言を裁判所に求めているが、結論は正反対となった。前者において、法令の正当性をテストするために、あえて法令に違反して刑事被告人となることを求めることは現実離れしており、これに固執することは裁判所の法令審査権を奪うことになるというものであった。この点、後者においては刑事責任ではなく、解雇という行政・民事の責任が問題になっていた。いずれの手続が過酷であり、リスクの負担が困難を比較することは可能ではあるが、それほど意味があるとも思われない<sup>30)</sup>。

問題は、法令の適用に関しては、抽象的な規範の状態から現実の執行にいたるまで、いくつかの段階があり、そのいずれの段階において法令の審査が求められているか、ではないかと思われる。一方当事者・ヤング事件（一九〇五年）においては、「規則」により鉄道料金が設定され、その適用を受ける鉄道会社は、法令の遵守を担保させる意味で刑事責任が規定されていたが、刑事手続が開始するまでもなく、「規則」の成立・存在そのものが、現実・具体的に原告に不利益を及ぼしていた。

他方、ミッチェル事件（一九四七年）では、法律の存在により一定の行為が禁止されているが、その行為を行うかどうか、そしてこれに法令が適用されて不利益が及ぶかどうか、前者との比較では、やや不明確であるといえよう。この点について、前者と同様、法律の制定・存在自体により原告に相当程度の影響を及ぼし、具体的な執行がない段階においても宣言判決を求めることが可能であったのがパネル事件（一九八八年<sup>31)</sup>）である。

この事件では、市の聴聞官が、家主からの賃料値上げ申請を認めるか否かの判断にあたり、賃借人の困窮度を考慮すべきことを定める市条例が問題となり、これが文面上、家主の修正五条の権利を侵害するとし、その宣言判決



が求められた事件である。

原告は、困窮状態にある者への賃貸を現実に行っており、条例の文言に該当しており、原告に不利益が及ぶことは仮定的とはいえない。すなわち、賃料が、見こまれた額よりも下がるとの可能性があり、これは、現実の損害を受ける十分な脅威である、とした<sup>(32)</sup>。

この事件は、賃料値上げに際して賃借人の困窮度を考慮するとの法令の存在そのものによって、家主は、賃料に關して不利になるとの現実的な脅威にさらされているといえる。法律の具体的執行はまだなされていないが、現実的な脅威というレベルでの影響を「争訟」とらえて審査を認めたものである。これに対してミツチエル事件（一九四七年）では、法令に違反する行為を自らが行うかどうか必ずしも確定的でなく、裁判手続きが開始されるかどうかについて、いまだ不明確な段階での宣言判決を求めることは認められないとしたといえよう。

この具体的・現実的な執行という観点から宣言判決を求めるスタンディングを考察すると、その文言上は自らに適用されうるが、その法律の執行の可能性がほとんど失われている場合には、宣言判決は認められないとも考えられる。この点が問題とされたのが、次に紹介するのが、ポー事件（一九六一年）<sup>(34)</sup>である。

### 執行のおそれがない法令

この事件においては、避妊を行い又はその方法をアドバイスすることを禁止する法律について、健康上の理由から避妊を必要とする夫婦及び医師が、その違憲の宣言をもとめるスタンディングが認められるかが問題になった。最高裁は、刑罰法規が存在するというだけで、それが実際に執行されるとの脅威が欠けているならば、裁判所はその憲法判断を行わず、また、検察官が起訴を行わないことについて明らかに同意している場合、この検察官を相手

に、法律の宣言判決等を求めることはできないとした。<sup>(35)</sup>

その上で、本件で問題になっている法律は、制定以来四分の三世紀にわたり、違反に対する起訴がほとんどなされていない。避妊薬は一般にドラッグストアで販売され、これに対して起訴されたとの例はない。法律が原告に執行されるとの証拠はなく、司法判断適合性ある憲法問題は提起されていない、とした。

このように、法律は削除されずに存在しているも、長期にわたり適用されていない場合には、原告に対してもこれが執行されるおそれがほとんどなく、その権利侵害及び救済の必要性が切迫しているとはいえないとした。もつとも、法令が存在するだけで、本来憲法上保護されるべき行為に萎縮的效果が生じることが考えられる。特に、その法律が現に活発に適用されている場合にこれを重視し、自らには法令が具体的に適用される前に、その違憲性の宣言を認めようとする考え方が表現の自由規制立法において生じた。<sup>(36)</sup>

#### 表現の自由規制立法と萎縮的效果

ドンブロスキー事件(一九六五年)<sup>(37)</sup>においては、政府を転覆し、共産主義活動を行う団体のメンバーは登録を行わなければならず、違反した場合には処罰するとの州法が問題になった。原告・団体は、政府を転覆しようとする共産党の隠れ蓑 communist front であるとして、原告のメンバーには令状が発付され、逮捕され、オフィスへの搜索もなされた。しかし、相当理由がないままに逮捕状が発付され、搜索・押収も違法であったとして、証拠が排除された。それにもかかわらず、当局は、原告・団体は依然として政府転覆・共産党の隠れ蓑であり、そのメンバーは州法に従って登録しなければならず、これを怠れば起訴されるべきであると繰り返しアナウンスを行った。これに対して、法令が違憲無効であるとの宣言判決等が求められた。

最高裁は「修正一条の領域で、広範で、不適切な適用の余地ある刑罰法規の存在を認めることは危険であるため、スタンディングに関する通常のルールに例外を設けてきた」とする。<sup>(38)</sup> その理由は、法令による規制の範囲を事件ごとに明確にしなければならないとすれば、刑事訴追のリスクを背負う大胆な者のみによってしか、この範囲は明らかとされなければならないからである。そこで、表現の自由が主張された場合には「このような先延ばしの訴訟の結果を待たせることが避けられてきた」のである。<sup>(39)</sup>

もっとも、同じ表現の自由が問題になった事件であるが、違反に対する刑事責任の追及とは関わりなく、法令に基づく制度の存在そのものによって表現の自由が萎縮させられているとの主張だけでは、宣言判決を求めるスタンディングは認められないとしたのがレアド事件（一九七二年）<sup>(40)</sup> である。

大統領は、国内の騒擾 *insurrection and other domestic violence* を鎮圧するために軍隊を用いることが認められ、実際にもローカル政府の援助を連邦軍に命じたが、この経験から、陸軍では、不測の事態に際してローカル政府に必要な最小限の援軍で対処できるようにするため、情報収集システムの確立が必要であるとした。しかし、この情報収集システムは、市民による適法かつ平和的な政治活動を監視するものであり、修正一条に違反するとの宣言判決等が求められた。第一審は、陸軍による、不法とされる情報収集行為が明らかとされず、原告の権利にもたらされる損害又はその脅威について主張されていないとした。これに対して原審は、このシステムの存在自体が、表現の自由を萎縮させる許されざる負担を原告にもたらしているとした。最高裁は、これを破棄した。

最高裁は、修正一条の権利行使を直接に禁止していない場合にも、規制がもたらす萎縮的效果から憲法違反が生じる可能性については認めている。しかしながら、「このような萎縮的效果は、政府機関が一定の活動を行っていると個人が認識していることだけから、又は、こうした活動の成果に基づき、将来において、個人を害するそのほ

かの更なる活動を行うかもしれないとおそれることからは、生じてくることはないのである<sup>(41)</sup>。

原告は、この萎縮的效果を根拠として「争訟」が存在すると主張しているが、本件における陸軍の情報収集システムは、原告に対して何等の具体的な作用を及ぼしておらず、また、不法な監視活動がなされたとの指摘もなされておらず、その主要な情報源もニュースメディアや一般に伝播されている出版物に過ぎないとし、争訟は提起されていないと判断した。

リード事件(一九七二年)とドンブロスキー事件(一九六五年)はともに、修正一条の領域における萎縮的效果が問題になっているが、法令審査を求めるスタンディングの判断に関しては、結論が反対になっている。その違いは、後者においては、表現の自由への萎縮は、刑事責任追及の現実的なおそれによって裏打ちされていたが、前者については、この点は必ずしも問題とはなっておらず、もっぱら表現行為への萎縮のみが指摘されていた。この両者の違いが、損害の現実・切迫性という憲法三条の要件を満たすかどうかの判断の分かれ目となったといえるかもしれない。これについて、リード事件(一九七二年)と同様に、刑事責任及びその他の制裁とは無関係に、表現の自由への萎縮的效果等の損害を主張し、その法令の違憲宣言判決を求めるスタンディングをまとめられなかったのが、クラッパ事件(二〇一三年)<sup>(42)</sup>である。

### クラッパ事件

ここでは、九・一一同時多発テロをきっかけに、合衆国外とのeメールや電話によるコミュニケーションを広範囲にわたり傍聴することを認める法律が定められ、それが修正一条や修正四条に違反しているとして争われた。原告は、傍受される可能性の高いコミュニケーションを行っているとし、この法律が違憲であるとの宣言判決等を求

めたが、スタンディングは認められなかった。その理由は、会話等が実際に傍受されて損害が生ずることについては仮定にすぎず、また、傍受がなされたとしても、それが違憲宣言の対象となっている法律を根拠としているかも知推測の域を出ないものである。以下、やや詳しく紹介しておこう。

### 事実の概要

対外情報監視法一九七八年 (Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978) (FISA) は、法務長官と国家情報局長に対して、合衆国民ではない者及び合衆国外に居住すると合理的に考えられる者を対象として、コンピュータによる監視を行い、対外情報入手することを認めた。なお、情報入手に先立ち、対外情報監視裁判所 Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) の承認が必要である。原告は合衆国市民であるが、この法律による監視の対象となると考えられる個人とセンシティブな国際的なコミュニケーションを行っている。そこで、この条項は、修正四条、修正一条等に違反して文面上無効であるとの宣言判決等を求めて訴えを提起した。

この情報監視に関して、FISAは、二つの特別裁判所 two specialized courts を設置した。ひとつは、上述の対外情報監視裁判所 FISCであり、監視対象が外国の権力者 foreign power 又はそのエージェントであり、かつ、監視が向けられている具体的な施設又は場所が、彼らによって現に使用され、又は、使用されようとしていることについて、相当理由ある場合にコンピュータによる監視を承認する権限を認めた。もう一つは、FISCによる承認拒否を争う裁判所である Foreign Intelligence Surveillance Court of Review である。

更に、ブッシュ大統領は、九・一一同時多発テロを契機として、一方の当事者が合衆国外にあり、アルカイダ又はテロリストの一味であると合理的に考えられる場合には、電話とeメールを無令状で傍受することを国家安全保

障局に認めた。これを受けて、FISCは、コミュニケーションを行っている者が、アルカイダまたは組織化されたテロリストであると考えた理由がある場合には、合衆国において送受信される国家間のコミュニケーションを監視の対象とすることを承認した。更に、連邦議会は二〇〇八年にFISAの改正を行い、その一八八一条(a)項により、監視の対象が外国の権力者又はその代理人であることについて、相当理由が存在することを政府は証明する必要がなくなった。また、監視対象の施設・場所の性質・位置を特定することも政府は求められないことになった *See Leading Case, 127 HARV. L. REV. 298, 299 (2013)*。

原告は、弁護士や人権擁護活動家等であるが、彼らは業務として、外国在住のクライアントや情報提供者とセッションで、場合によっては証言拒否の対象となるコミュニケーションを、電話およびeメールで行っていた。原告は、この規定が、修正四条及び修正一条等に違反しているとの宣言判決等を求めて訴えを提起した。

最高裁は、憲法三条の要件を確認した後、原告のスタンディングを否定した。

## 判 旨

第一に、原告によるコミュニケーションが、監視の対象になることが切迫していることは、仮定的である。法律の文言からすれば、合衆国市民である原告は監視対象とはならない。したがって、原告らが監視対象になっていたことを証明できなかったことは驚くに足りない。政府がFISCの承認を求めたかについてすら、原告は主張していない。原告は一八八一条(a)項に基づく監視実務について何等の知識も有しない。原告のコミュニケーションが監視対象とされることについて具体的事実を示していない。更には「一八八一条(a)は：「原告」が懸念している監視が行われることを、せいぜい許容するだけであって、強制も命令も行っているわけではない：

法務総裁及び国家情報局長がいかなるコミュニケーションを監視対象とするかを判断する際に、その裁量をどのように行使するかについて：「原告は」単に推測するにすぎないのである」<sup>(43)</sup>。

第二に、情報監視方法に関しては、本件法律が認めている以外の多くの方法がある。そこで「たとえば「原告が」：彼らの外国との接触監視対象とされることが切迫していることを証明する事が出来たとしても：彼らはなおその損害が一八八一条（a）に適切に結びついているfairly traceable to ことを証明する必要がある。しかしながら、何等の（主張されている）傍受が同項を根拠としてなのか、それとも別の根拠によるものであるのか推測できるにすぎないから、fairly traceable の要件を満たすことはできな」<sup>(44)</sup>。

第三に、政府が原告の会話を傍受しようとしてFISCの承認を求めたとしても、実際にそれが得られるかについて、原告はただ推測するにすぎない。「独立機関independent actors がどのような判断を下すかについての推測だけを根拠に、スタンディングを認めようとする理論を当裁判所は通常は拒否してきた」<sup>(45)</sup>。

第四に、たとえ承認が得られても、政府が実際に原告による海外とのコミュニケーションの傍受に成功できるかは明らかではなく、第五に、政府が原告の外国との接触について監視を行ったとしても、原告自身の外国とのコミュニケーションが付随的に傍受されることについて推測するにすぎない。「要するに、可能性に関して原告が抱く推測の連鎖では、将来において監視がなされるとの可能性を根拠とする損害が、確かに切迫しており、また、この損害が一八八一条（a）に正当に結び付けられるということを確立していない」<sup>(46)</sup>。

原告は、更に、スタンディングの根拠として、同項の下での監視を懸念し、コミュニケーションの秘密を守るための費用及びその他やっかいな手段を講じる必要が生じた。すなわち、ある種のeメールや電話を避けざるを得なくなったり、具体的な話がでずに一般的な話にとどめたり、対面で話をするために旅行しなければならなくなっ



たりである。これらにより、同項に正当に結びつく損害を継続的に被っているとした。しかしながら、「害悪を受ける危険への合理的な対応策として費用を負担したので、スタンディングが認められるとの：「原告」の主張は適切ではない。なぜならば：「原告」が避けようとしている害悪は、切迫していることが確かとはいえないからである。換言すれば、切迫していることが確かではない、仮定的な、将来の害悪への不安があることを根拠に、自分が害悪を被っていると主張するだけでは、スタンディングを確立していることにはならない」とした。<sup>(47)</sup>

このように、最高裁は、原告のスタンディングを認めなかったが、そのポイントは、原告の会話が実際に傍受されて損害が発生することについて、どこまでも仮定的で推測にすぎないこと、たとえ傍受・損害が発生したとしても、これらが、原告が違憲の宣言を求めている一八八一条a項を根拠にもたらされることは推測されるにすぎず、裁判所がこの条項に違憲の宣言判決を下しても原告の救済には結びつかないこと、これらからすれば、憲法三条の事実上の損害の要件は満たされていないとした。

#### 四名の裁判官による反対意見

この多数意見に対して四名の裁判官が反対意見に加わっている。その主張の中心は、会話の傍受Ⅱ「損害」の発生は「現実又は切迫」している、という点にある。すなわち、原告の中には、九・一一同時多発テロに関わり、あるいはグアンタナモで拘束されていた者の代理人を務めた弁護士や人権擁護活動家等が含まれている。その結果、原告らの業務は、外国に在住する外国人から情報入手することであり、彼らと電話やeメールで定期的にコミュニケーションをとっている。そこで、政府が、これらの会話を傍受する蓋然性は高いといえる。その理由として、二〇〇八年改正法は、監視の対象を「外国の権力者又はそのエージェント」に限定していないので、原告とグアン



タナモの拘束者及びテロリストの家族や友人たちとのコミュニケーションも傍受の対象となっていること。更に、これらの会話を一方では行い、他方ではこれを傍受しようとする強い動機を政府が有していること。政府はこれら情報を電子的なコミュニケーションを監視する方法により入手しようとしていることは政府の過去の活動からあきらかであると主張した。

このように、最高裁は五対四の僅差でスタンディングを認めなかったが、多数意見は刑事責任追及とはひとまず結びつかないで主張される「情報収集されるおそれ」を、憲法三条要件からするとやや低くみるリード事件の考え方に沿うものと理解できる。これに対して反対意見は、「情報収集のおそれ」はその法令の趣旨からすれば仮定・推測の域を超えて現実又は切迫していると判断している。<sup>(48)</sup>

## まとめ

以上、アメリカの宣言判決法に基づく法令審査を中心に、合衆国最高裁の判例のながれを紹介してきた。この法律に基づけば、刑事被告人になるなど法令の具体的執行がなされる以前においても、当事者は法令の審査を求めることが可能である。しかしながら、法令が客観的に存在するだけの、抽象的な段階において審査を認めるものではない。このことは、立法院と裁判所との間で長年培われてきた三権分立の理論と実務経験に根拠がある。すなわち、裁判所は、議会に対する一般的監督や助言的意見が禁止され、現実の当事者の権利利益の救済に集中するということである。この観点は、法令の憲法判断を宣言判決において行う場合にも基本的には変わらないといえる。そこで最高裁は、法令の存在とその現実の執行との間にいくつかの段階があることを認識し、具体的現実的な執行に至らないが、その執行が切迫している段階であれば、上述の三権分立の観点からも認められる審査であるとしたも

のと思われる。

- (1) 最大判昭和二五年二月一日刑集四卷二七三頁、通説も肯定説である。樋口陽一ほか著『注解法律学全集4 憲法Ⅳ』九八頁(二〇〇四年、青林書院) 佐藤幸治担当。
- (2) 最大判昭和二七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁は「我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものではない。」としている。
- (3) この審査方法は、行政処分等の現実になされた執行行為に対し、その違憲・違法、有効・無効を審査する方法と方向は同じである。しかし、執行行為自体の審査にとどまるのではなく、この審査及びその結果が、法令の効力にどのように影響するのか、させるべきかが問われるのである。「摘出でない子」の相統分を差別する民法九〇〇条四号が違憲とされた最大決平成二五年九月四日判時二一九七号一〇頁は「規範審査・文面無効」の判断を下したものと思われる。伊藤正晴「判批」ジュリ一四六〇号八八頁参照。なお、適用審査と文面審査の関係については、拙稿「アメリカにおける適用審査と文面審査」比較法制研究三一号一八七頁(二〇〇八年)。適用違憲・文面違憲を含めて検討を行うものとして、藤井俊夫「適用違憲と法曹教育」戸松・野坂編『憲法訴訟の現状分析』三六四頁(有斐閣、二〇二二年)。
- (4) 従来、刑法二〇〇条については、合憲判決が積み重ねられてきたが、具体的事件においては、その過酷な結果を考慮し、論理に難がありつつも、同条の適用を排除する例があったことが指摘されている。『最高裁判所判例解説刑事篇昭和四八年度』一四三頁(担当田尾勇)。
- (5) 「適用審査」と「規範審査」の問題を考える際に、「第三者の権利援用」が問題になる。適用条文について全面的に審査する「規範審査」においては、その概念を確定するプロセスにおいては「第三者の権利援用」の是非はそれほど問題にならずに当然のごとく行なわれる。これに対して、「その事件を解決する限り」「当事者の権利救済」に限定する「適用審査」の場合には、「第三者の権利」に言及することは認められないということになろう。もっとも、ここで注意しなければならないことは、「第三者」に

も二通りあり、ひとつは、当該事件とは切り離された、条文の一般的・抽象的・全般的審査の過程の中から指摘されるもの、もう一つは、当事者への具体的執行行為の中に現実に含まれ、又は、含まれうる場合である。合衆国最高裁では、前者を仮定的第三者、後者を現実的第三者として区別し、前者に対する審査を行うことには消極的である。問題は、第三者の権利侵害について審査を及ぼすということ自体よりも、抽象的な「規範」とは異なる具体的・現実的な「執行行為」に審査が絞られており、その限りであれば第三者の権利侵害を指摘し、これを理由にその執行行為の効力等を裁判所が否定することは許されるように思われる。日本において、この点が問題になった事件として、第三者所有物没収事件・最大判昭和三十七年一月二八日刑集一六卷一一号一五九三頁がある。この事件では、密輸出を企てた被告人が有罪となり、懲役刑を受けると共に、附加刑として、犯罪行為の用に供された船舶及びその貨物が没収された。この没収された貨物の中には、被告人以外の第三者の所有物が含まれており、この第三者に対して「告知・弁解・防衛」の機会が与えられなかったことは、憲法三一条・二九条に違反するかが問題となった。上告審においては原判決が破棄され、没収の対象を被告人所有物に限定されることになった。この判決では、第三者の権利侵害について審理の対象としているが、「規範」としての法令そのものを審理する過程においてなされたものでなく（もしも、文面審査・文面無効の判断が下されていたとすれば、被告人に対する没収についても無効とされたであろう）、当事者に対する具体的な執行行為がなされ、その中に現実的第三者が巻き込まれていたので審査がなされている。しかし、問題なのは、この第三者に言及しその権利侵害を認定した場合に、当事者の救済につながるかどうかである。この事件でも、結局のところ当事者への附加刑は行われ、第三者の権利侵害の認定は当事者の利益には結びついていない。このような場合、アメリカでは、勝訴判決が当事者の救済につながらない場合には、憲法三条の「事件又は争訟」の要件を満たさないとして、スタンディングを認めないとする判例理論の流れがある。もともと、この場合にも、当事者と第三者の関係が問題とされ、後者がその権利を訴訟で主張することが困難であり、また、前者が後者の権利を法廷において、主張・擁護するにふさわしいという場合には、例外であるとされている。患者の妊娠中絶の権利を医師が法廷で主張する場合がこの典型である。しかし、第三者所有物没収事件に関しては、自らの権利を、法廷において主張することが困難である、第三者の権利を当事者が主張・擁護する、という典型的な事例ではないように思われる。しかしながら、現実になされた、第三者の権利を侵害する、違法な附加刑を、当事者に対する権利侵害ではないとの理由のみで、これを見過こし

てよいものか、問題である。具体的な執行行為に対する審査の範囲を違法一般にまで含めたところで、不必要、不当な裁判所の介入とはいえないように思われる。ましてや、この事件における執行行為は、他の国家機関がなした執行行為を、三権分立の観点から裁判所が慎重に審査するのではなく、裁判所が直接に責任を持って下す附加刑であり、遺漏なきよう全面的に検討を重ねるべき性質であり、逆に当事者に直接かわらないとの理由で第三者の権利侵害を見過ごすことは許されないであろう。

(6) 但し当事者と第三者との間に密接な関連性が存在することが必要である。その典型が、中絶を禁止・処罰する法令に違反し、起訴された医師が、その法令が患者のプライバシー権をも侵害していると主張する場合である。この場合にも、本来は、患者自身がその権利を裁判において主張すべきであるが、この訴訟はムートになり実質的に裁判救済を得られない。他方、医師は患者の権利を擁護する立場にある、との根拠が示されている。See *Singleton v. Wulff*, 428 U.S. 106 (1976)。なお、この場合にも、当事者への執行に絞って違憲判断がなされる適用違憲なのか、それとも、法令・文面違憲となるのか問題になろう。

(7) 文面審査である *overbreadth* 理論は、日本における法令審査となじみやすい側面があるように思われる。しかし、日本の場合には、法令が、合憲・違憲双方を含みうる「様々な執行行為の束」というとらえ方は一般的ではないのではなからうか。すなわち、現実・具体的な事例の積み重ねから、法令の輪郭を少しずつ明らかにする、その一つの手段として憲法判断を位置づけるアメリカの傾向（適用審査）に対し、日本の場合には、対象となった法令の概念をあきらかにし、同じく憲法の条項の概念との比較により憲法判断を下す傾向（規範審査）があるように思われる。この理論については、拙稿「オーバーブリードス（*overbreadth*）理論の新展開」新報九三巻三・四号（一九八六年）参照。

(8) 漠然・不明確を理由として刑罰法令が無効となる理論は、罪刑法定主義（国民への告知機能と執行機関による恣意的執行の抑制）という刑事法の要請からも肯定されているところである。しかしながら、そもそも法令には一定の不明確さが残ることは避けられず、その結果、不明確さがいかなる程度に達したときに無効となるのか、困難な問題を提起する。そこで、実際の裁判では「解釈」によりこの不明確さを除去し、法令の効力を維持しようとする傾向がある。しかし、このことは「解釈」前に行為を行った被告人に告知機能を果たしていたのか、また、その「解釈」は裁判所による「立法」ではないかとの批判が生じる。これらについて、最大判昭和六〇年一〇月二三日刑集三九巻六号四一三頁。なお「過度に広範」「漠然性」の問題を限定解釈の視点から論じ

たものとして、青井未帆「過度広汎性・明確性の理論と合憲限定解釈」論ジュリ一号九〇頁（二〇一三年）。

(9) この憲法三条の要件はスタンディングが認められるための最低限度である。これとは別に最高裁は、*prudence*と称する「裁判所の自制のルール」を確立してきた。ひとつは、当事者によって主張されている害悪が、市民の大多数によって実質的には同程度に共有されている「一般的苦情」、もう一つは、事件と争訟の要件を満たすに十分な損害を主張している場合でさえも、原告は「第三者の権利」とは異なる自分自身の法的権利及び利益を主張しなければならない、ということである。この要件を課すことによって、裁判所は、他の政府部門の方がより適切に対処する能力があり、裁判所の介入が個人の権利を保護するのに不必要であるにもかかわらず、広く公的な意義を有する抽象的な問題に判断を下さずに済むのである。See *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 498-500 (1975)。

(10) 憲法三条の要件は、「損害の特定性」及び「因果関係」から成っている。これらは、特に、衡平法上の救済である差止め命令が認められるかどうかを判断する際に少しずつ形成されてきた。Summers v. Earth Island Institute, 129 S.Ct. 1142 (2009) においては、原告は、それぞれの救済方法に合わせたスタンディングを有することを証明する責任がある、としている。そして、差止め救済を求めるためには、①具体的及び特定された事実上の損害を被るとの脅威に曝されていること、②この脅威は、現実的で切迫したものでなければならず、憶測又は仮定的であってはならない。また、この脅威は被告の行為に正しく結び付いていること、及び③原告勝訴によりこの損害が防止され又は救済される場合でなければならない、としている。See *id.* at 1149。

このうち、後者の因果関係については、上述のとおり二つの側面から考察される。ひとつは、主張されている損害が、争っている作用と結びついているか、すなわち「損害と作用」の因果関係、もうひとつは、裁判所に求めている救済方法により、損害が填補ないし除去されるのかを問題とする「損害と救済」の因果関係であり、これがそれぞれ要件の②及び③と対応している。これら因果関係は、衡平法上の差止め命令が求められた場合に問題となることが多い。「損害と作用」の因果関係については、過去において違法な起訴がなされたので、これを差止めようとする場合に、過去と同様の違法起訴が再度繰り返され「損害」がもたらされる事との間に因果関係が存在するかが問われるのである。以下、判例の流れを確認しておこう。

*Younger v. Harris*, 401 U.S. 46 (1971) においては、かつて違法な起訴がなされたとしても、それが悪意に基づいてなされた、

あるいは何度も繰り返された起訴の一つであったという場合でない限り、そこで生じた「損害」は、あらゆる刑事手続にとっては偶発的なものにすぎず、この「損害」と差止の対象となっている起訴行為との間の因果関係を否定した。*See id.* at 49.

同様に、*O. Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488 (1974) では、人種差別的な商人をボイコットしたところ、白人の公務員が黒人を敵視し、結果として、刑事・行政手続の執行、保釈金や量刑において差別的な実務がなされているとされ、その差止が求められた。最高裁は、過去において違法な執行を受けたこと、それだけでは差止救済を求めるのに必要な、現在の事件又は争訟を提起していることにはならない。原告は、自らが再び逮捕され、起訴され、判決を受け、差別的な扱いがなされるという可能性があり、将来の損害を被るとの見込みを主張しているが、この損害を実際に被るかどうかは仮定的、憶測的である、とした。*See id.* at 496-97. 以上、二つの判例は差止の対象とされた「作用」と、自らが被っているとされる「損害」との間の因果関係を問題としたものであるが、裁判所に求められている「救済」によって、被った「損害」を埋め合わせることが可能であるか、問題となったのが *Linda R.S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973) である。

テキサス州法は、一八歳以下の自分の子供に対して援助を行わない親を処罰していたが、州裁判所は一貫して処罰対象は「嫡出子」の親に限定され、「非嫡出子」の親ではないとしていた。原告は、非嫡出子をもつ母親であるが、父親が援助を行っておらず、この州裁判所による解釈は修正一四条平等保護に違反するなどとし、この父親を起訴しないことの禁止を求めて訴えを提起した。最高裁は、原告の求める救済が認められたとしても、父親を自由刑に処するだけである。請求が認められ、父親に対しての起訴がなされれば、援助をうけられるとの展望は、せいぜいのところ推測にすぎない。主張されている損害と裁判所において判断を求めている請求との間の直接の関連性は本件においては存在しない、とした。*See id.* at 618.

更に、因果関係が否定された事例として *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490 (1975) がある。低所得者を排除するため、宅地利用に關して不合理な制約を課しているゾーニング条例が違憲であるとの宣言判決等が請求されている。最高裁は、原告がこの地で居住できないのは条例が原因である、とすることについて疑問を呈する。この地に居住するとの原告の希望が実現するかは、低料金の住宅を建築する第三者の努力と意思に依存している。しかし、このような第三者の努力がなされたからといって、原告が負担可能な額で望む住宅を手に入れることには必ずしもならない。原告がこの地に居住できないのは、住宅市場の経済状況の結果であっ



て、条例制定の結果ではない。ゾーニング実務と原告主張の損害との間の因果関係の存在を支持する事実は主張されていない、とした。*See id.* at 505-07.

同様に、「損害と救済の因果関係」を否定したのが *Simon v. EKWRO*, 426 U.S. 26 (1976) である。内国歳入庁は、非営利の病院が税優遇措置を受けるためには、貧困者に対する医療の提供を、急患の場合に限定することで足りるとする「規則」を定めたため、貧困者や貧困者から成る団体等が、財務長官等を被告に、その規則が無効であることの宣言判決、差止命令をもとめて訴えを提起した。最高裁は、本件における被告は、病院ではなく、財務長官等であることを重視する。そして、本件規則の制定は、病院に対して、貧困者への医療提供を拒否することを助長したかもしれないが、具体的な医療拒否が、本件規則の結果である、とはいえない。主張されている医療拒否が、被告の助長行為に正しく結び付くものであるのか、それとも、本件規則による税優遇措置とは関わりなくなされた、病院独自の判断から医療拒否がなされているのか、純粹に仮定的なものである、とした。*See id.* at 41-43. 同様に、「救済」の観点から因果関係が否定された事件として *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 505 U.S. 555 (1992) がある。絶滅危惧種保護法は七条 (a) (2) は「連邦の各行政機関は、その承認し、資金を提供し、又は実行したいかなる活動も、絶滅危惧種の生存を危ぶませることがないように、内務長官と協議し及びその助力を得て、これを確保するものとする…」と規定している。この規定をうけて行政機関による規則が定められ、法律により行政機関が負担する義務は外国における活動にも及ぶとされていた。しかし、内務長官が規定を改訂し、法律の義務が及ぶのは合衆国又は公海においてなされた活動に限定されとした。これに対して、環境保護団体が、内務長官を被告として訴えを提起し、規定後の規則は義務の及ぶ範囲に関する法律の考え方に反しているとの宣言判決及び当初の規則と同様の新たな規則を定めることを求めるインジャンクションを請求した。最高裁は、原告が主張する「損害」は、行政機関による海外での開発行為が、その地の野生動物の絶滅につながり、かつて見ることができた彼らの姿を観ることができなくなる、ということであるとし、この「損害」は現実又は切迫した損害とはいえないとした。*See id.* at 564. 更に「救済」の観点からもスタンディングを否定した。すなわち、この事件の被告は、実際に資金を提供して活動を行う行政機関ではない。内務長官を被告とし、外国でのプロジェクトについても、内務長官との協議を行うよう規則を変更することが求められている。しかしながら、各行政機関は、この規則に拘束されないと考えている。なぜならば、法律の文言からすれば、絶滅危惧種

に配慮するのは、各行政機関であり、内務長官との協議についてのイニシアティブは各行政機関にあり、この点に関する内務長官の規則には拘束力はないとしている。See *id.* at 508-09. そこで、裁判所が、被告である内務長官に対して、規則の内容の変更を求めたとしても、原告の損害の救済には結びつかないとした。

因果関係が肯定された事例として *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*, 130 s.ct. 2743 (2010) がある。農務長官は、遺伝子組み換え作物への規制を行っていたが「遺伝子組み換えの牧草」については、当初とは異なっており、環境影響評価を行うことなく規制対象からはずしていた。そのため、「遺伝子組み換えではない牧草」の種を生産する農場が、環境影響評価を行うまで、遺伝子組換え牧草の作付けの差止めを求めて訴えを提起した。最高裁は、遺伝子組換え牧草が広まる相当の危険により、原告は様々な点で損害を受ける。すなわち、遺伝子組換えでない牧草を販売しようとする場合、組換え牧草が混じっていないかテストしなければならなくなる。また、両種が混合することをさけるための手段を講じなければならない。このような損害は、憲法上のスタンディングの要件である、事実上の損害を満たすのに十分に具体的である。更にこの損害は、規制対象から外した行政の判断に容易に結びつくものである。裁判所の禁止命令は、原告の損害を救済することになる、とした。See *id.* at 2754-55.

*Summers v. Earth Island Institute*, 129 s.ct. 1142 (2009)

連邦法によれば、農務省林野部はその活動に関して告知、コメント、アピールの手続を定めることが求められていた。ところが、林野部では、一定面積以下の森林火災に際して、その回復活動及び被災地域内の木材を販売する活動に関しては、これらの手続を一括して排除する「規則」を発表した。そこで、環境保護団体が、この手続を省略した規則の適用を禁止することを求めて訴えを提起した。

原告は、それぞれの救済方法に合わせたスタンディンを有することを証明する責任がある。差止め救済を求めるためには、具体的に特定された事実上の損害を被るとの脅威に曝されていることを示さなければならない。この脅威は、現実的で切迫したものでなければならず、憶測又は仮定的であってはならない。また、この脅威は被告の行為に正しく結び付いていること、及び原告勝訴によりこの損害が防止され又は救済される場合でなければならない。当事者を保護するために司法権を発動する現実の必要性があること、この必要性なく司法権を行使することは、立法、行政府を裁判所が監視することを認めることになり、権力の配分



を変更し、政府の民主的な形態から遠ざかることになる。 See *id.* at 1149

本件で問題になっている規則は、原告に何等の行為も禁止していないし、求めてもいない。確かに、原告自身が政府活動の対象になっていなくとも、スタンディングが排除されることはないが、通常はこれが認められるのは相当に難しくなる。この場合、スタンディングを証明することができるのは、政府によって規則が適用されて原告に上述のような影響が及んでいる場合である。本件においては原告の構成員にまで検討を広げたがこれを認めることはできない。その個人の利益に対して切迫した害悪が差し迫っていない場合にスタンディングを認めた事例はない。

- (11) *Liverpool v. Commissioners of Emigration*, 113 U. S. 33 (1885).
- (12) *Id.* at 355.
- (13) *Muskra v. United States*, 219 U. S. 346 (1911).
- (14) *Id.* at sct254.
- (15) *Id.* at sct 255
- (16) *Id.* at sct255
- (17) *Id.* at sct255
- (18) *Frothingham v. Mellon*, 262 U. S. 447 (1923).
- (19) *See id.* at 488.
- (20) *Ex Parte Young*, 209 U. S. 123 (1908).
- (21) *See id.* at 449.
- (22) *Aetna Life Ins. Co. V. Hartford*, 300 U. S. 227 (1937).
- (23) *See id.* at 240.
- (24) *Aetna Life*, 300 U. S. at 240.
- (25) *See id.* at 240.

- (26) *Aetna Life*, 300 U. S. at 241. *Id.* 両者の区別は相対的であり、程度問題であると指摘するのが *Golden v. Zwicker*, 394 U. S. 103 (1969) である。「抽象的な問題と宣言判決法という争訟との区別は必然的に程度問題 *one of degree* である」。 *Id.* at 108. この点を判断する正確な基準を設定することは、可能であったとしても困難である。しかし、基本的には、対立的な法的利害を有する当事者間において、宣言判決を行うことを正当とするに十分な、切迫性及び現実性を帯びた、実体を有する争訟が存在するの *かどうかがある*、*としよう*。 *See id.* at 108.
- (27) *United Public Workers of America v. Mitchell*, 330 U. S. 75 (1947).
- (28) *See id.* at 89.
- (29) *See id.* at 89-90.
- (30) ダグラス裁判官の反対意見は、自分の権利をテストするために、解雇され生活の糧を犠牲にし、更には職がないまま高額な訴訟費用を負担しなければならないことの過酷さを指摘している。 *See Mitchell*, 330 U. S. at 117-118.
- (31) *Pennell v. City of San Jose*, 485 U. S. 1 (1988).
- (32) *See id.* at 7-8. 同様に、法律が成立・存在した段階でその違憲性についての宣言を認めたのが *Duke Power Co. v. Carolina Environmental Study Group, INC.*, 438 U. S. 59 (1978) である。問題となった法律は原発の事故に際して、その賠償額を一定限度にとどめると同時に、法的な抗弁を放棄させ、損害が上限を超えた場合には、議会が必要かつ適切なあらゆる措置を講ずるとしていた。この法律が違憲であることの宣言を求めて、原子力規制委員会及び原発を建設しつつある公益事業会社を被告として、環境保護団体等が訴えを提起した。この事件の特徴は、原発の操業により放射線による水・空気の汚染、原子炉を冷やすために用いられる湖の水温上昇、原発近くの財産上の価値の下落等の損害は、十分具体的で憲法上の要件を満たす。しかし、違憲の宣言を求めている法律の存在が、原発の設置・操業と結びついていなければ上述の損害を以てスタンディングの根拠とすることはできない。最高裁は、この法律による保護が与えられなければ、被告は原発を建設し操業することができなかったであろうとの相当程度の可能性があるとした原審の判断を維持した。 *See id.* at 74-75.
- (33) この場合には、議会が率先して法令を廃棄すべきであって、裁判所が無効を宣言すべき筋合いではないということになる。

- (34) *Poe v. Ullman*, 367 U. S. 497 (1961).
- (35) *See id.* at 507.
- (36) この萎縮的効果を比較的早い時期から指摘していたのが、ミッチェル事件（一九四七年）におけるタグラス裁判官の反対意見である。公務員の政治活動の規制が問題になった事件であるが、法律に違反してこれを争うリスクを考えると萎縮的効果が生じ、だからこそ宣言判決を求めるスタンディングを認めるべきであるとしている。「政治活動の禁止を定める法律及びこれに違反すると解雇される」との制裁規定「これらが存在するというだけで：政治活動を行うことが妨げられる：法律が違憲であれば権利の行使が妨げられ、合憲であれば、その行為を理由に強制的に解雇される」。この立場にある公務員に対して、自分の職を賭して、自らの憲法上の権利を裁判所においてテストせざるを得ないとすることは「回復し難い損害」にあたるとしている。 *See Mitchell*, 330 U. S. at 116-18.
- (37) *Dombrowski v. Pfister*, 380 U. S. 479 (1965).
- (38) *Id.* at 486-87.
- (39) *Id.* at 487.
- (40) *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1 (1972).
- (41) *Id.* at 11.
- (42) *Clapper v. Amnesty International USA*, 185 S. Ct. 264.
- (43) *Id.* at 277.
- (44) *Id.* at 278. レドア事件について、下級審の理解が分かれているとの指摘がある。第六およびコロンビア地区控訴裁においては、監視対象ではない原告は、主観的な萎縮効果を示すだけではスタンディングは否定されると理解した。他方、第一および第九控訴裁では、直接規制対象になっていなくとも、政府の行為が自らの行為を合理的に変更させられたことを原告が証明できるならば、スタンディングは認められると理解しているとされている。 *See Elisa Sielski*, 8 Duke J. LAW & PPSidepar 51, 56-57 (2013).
- (45) *Id.* at 278.

(46) *Id.* at 279.

(47) *Id.* at 280.

(48) 多数意見は、原告が損害を被る合理性的おそれを証明する事により、憲法三条「事実上の損害」の要件をみたすことができるとの判断を示した、とみる見方も可能との指摘がある。See *Stelsh*, *supra* note 44 at 67.

— みやはら ひとし・法学部教授 —